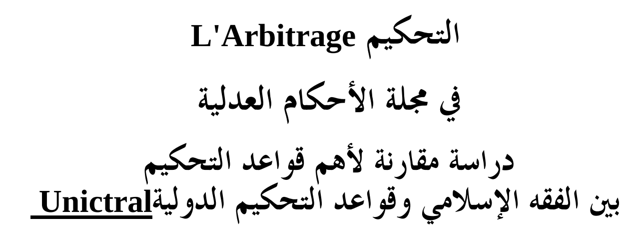


التحكيم L'Arbitrage

في مجلة الأحكام العدلية

دراسة مقارنة لأهم قواعد التحكيم
بين الفقه الإسلامي وقواعد التحكيم الدولية Unictral

د. سعدالدين صالح دداش

أستاذ أصول الفقه المشارك بقسم الدراسات الإسلامية
كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة

مقدمة:

إن الحمد لله، نحمده تعالى ونستعينه، ونتوب إليه ونتوكل عليه، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا، وبعد

فقد أضحى موضوع التحكيم L'Arbitrage من أهم وسائل فض المنازعات التي تنشأ – في الغالب – عن علاقات تعاقدية وذلك عوضاً عن اللجوء إلى القضاء[1]. بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجارة الدولية، لأن كلا طرفي هذه العلاقة لا يرغب عادة الخضوع لقضاء محاكم الطرف الآخر وما يصحب ذلك

(١) انظر عن المنظمات الدولية واهتمامها بموضوع التحكيم، ابتداء ببروتوكول جنيف الذي أبرم بعصمة الأمم المتحدة سنة ١٩٣٣ بشأن شروط التحكيم واتفاقية جنيف ١٩٣٧، ثم اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن قرارات التحكيم وتنفيذها التي انضمت إليها معظم دول العالم، ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة حيث انضمت إليها في ١٣ يونيو ٢٠٠٦، بالإضافة إلى قواعد التحكيم الدولي الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة في ١٩٧٦، والمعروفة بالأنسيوترال Unictral، وقانون التحكيم النموذجي سنة ١٩٨٥ الذي أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء بجعله موضع الاعتبار، إلى غيرها من الأنظمة والقوانين المتعلقة بالتحكيم. تراجع في كتاب اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به للدكتور أحمد إبراهيم عبدالتواب ص ٧ وما بعدها، ط دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.



من مصاريف وحقوق قضائية باهضة، ولأهمية التحكيم قامت لجنة تابعة للأمم المتحدة بوضع قواعد للتحكيم دولية، كما قامت بعض الدول بوضع القوانين المنظمة لعملية التحكيم، والدخول في اتفاقيات دولية، وإنشاء مراكز وهيئات متخصصة في شأن التحكيم، سواء على المستوى الإقليمي أو الدولي.

وبالرجوع إلى التشريعات الإسلامية، وما تضمنته من قواعد وضوابط، نجدها قد اهتم بموضوع التحكيم، بل وعرف التحكيم قبل الإسلام عند العرب، وبرز عديد من المحكمين، حيث أنّ كل قبيلة لها محكّموها، ولعل أبرز قضية قبل الإسلام تلك القضية التي حكم فيها رسولُنا العظيم، عليه الصلاة والسلام في رفع الحجر الأسود إلى مكانه من الكعبة المشرفة، عندما اختلفت قبائل قريش عليه في حينه، وهكذا نجد التشريع الإسلامي اهتم بموضوع التحكيم بل وضعه في أهم موقع في الحياة وهو العلاقة الزوجية (فإن خفتم شقاق بينِهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما) النساء:٣٥ .

وهناك أمثلة عديدة على تطبيق الصحابة لمبدأ التحكيم فيما شجر بينهم في أكثر من موضع، مثل التحكيم في معركة صفين، التي حكم فيها عمرو بن العاص وأبو موسى الأشعري بين سيدنا علي ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم أجمعين، واستمر التحكيم بالازدهار؛ حيث توسعت دائرة النشاط التجاري، والمعاملات المالية بين الناس، حتى أصبح التحكيم على شكل منظمات وهيئات ومراكز دولية، هذا وقد نما التحكيم وتطورت قواعده في الفترة الأخيرة بسبب ازدهار التجارة الدولية، وازدهار عقود الاستثمار، وحرية انتقال الأشخاص، وبروز رؤوس الأموال وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود النقل والتأمين والعلاقات المصرفية إلى غير ذلك من المناشط التجارية، وما يتولد عنها من نزاعات، إقليمية ودولية؛ وهو ما دعا المشرعين

ورجال القانون للنظر في صياغة قوانين تكون بمثابة مبادئ يرجع إليها عند النزاع.

وبالمقارنة والتأمل والنظر؛ نجد معظم قواعد التحكيم الدولي؛ وما جاء فيها من أحكام ومبادئ، قد تضمنتها القواعد العامة في الفقه الإسلامي؛ بالنص أو بالقياس، ويأتي على رأس هذه المنظومات التشريعية: مجلة الأحكام العدلية التي أعدّتها الدولة العثمانية، وبدأ التنفيذ بها في سنة ١٨٧٦، باعتبارها القانون المدني للدولة، وهي مستمدة من الفقه الإسلامي، وعلى التحديد من المذهب الحنفي، وعالجت المجلة أحكام التحكيم في المواد ١٨٤١-١٨٥١ بالإضافة لتعريف التحكيم في المادة ١٧٩٠.(٢)

ومن خلال هذا البحث، نسلط الضوء على أهم تلك القواعد، والأحكام التي وردت في مجلة الأحكام العدلية، ومقارنتها – قدر وسعنا – بمثيلاتها في المذاهب الأخرى، وكذا قواعد التحكيم الدولية، الصادرة عن اللجنة الدولية، التابعة لهيئة الأمم المتحدة، لنبرز مزايا الفقه الإسلامي، ونكشف أسبقيته على الأنظمة الوضعية، في مجال قواعد وأحكام التحكيم.

وستكون خطة الدراسة على النحو الآتي:

الباب الأول: مدخل للتعريف بالتحكيم وبيان أهميته وأدلة مشروعيته

المبحث الأول: تعريف التحكيم و بيان أركانه والألفاظ ذات الصلة

المبحث الثاني: أهمية التحكيم.

المبحث الثالث: أدلة مشروعية التحكيم

الباب الثاني: التحكيم في مجلة الأحكام العدلية

---

(٢) انظر هذه المواد مع المسائل المتعلقة بالتحكيم في شرح مجلة الأحكام العدلية، سليم رستم باز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ج٢، الصفحات: ١١٩٣-١١٦٣،١١٩٩، وحيثما قلت: شرح المجلة في هذا البحث فهو المقصود.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم.

المبحث الثاني: ما يجوز فيه التحكيم.

المبحث الثالث: أثر التحكيم

المبحث الرابع: أهلية المتنازعين وعدالة المحكمين.

المبحث الخامس: قرار التحكيم.

المبحث السادس: عزل المحكم.

المبحث السابع: مدى إلزامية قرار التحكيم.

الخاتمة: بأهم النتائج

الباب الأول

مدخل للتعريف بالتحكيم وبيان أهميته ومشروعيته

المبحث الأول

عريف التحكيم و بيان أركانه والألفاظ ذات الصلة

أولا: تعريف التحكيم وبيان مشروعيته(٣)

١ – التحكيم لغة مصدر حكم، يقال: حكّمه في الشيء أي جعله حاكما، وفوض الحكم إليه(٤).

٢ – والتحكيم عرفا هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما(٥).

وعرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم في المادة (١٧٩٠) بأنه:" اتخاذ الخصمين برضاهما حاكما يفصل خصومتهما ودعواهما، ويقال له حَكَم بفتحتين، ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة."(٦)

وورد لفظ التحكيم في موضع آخر من المجلة بصيغة: تحكيم الحال مادة (١٦٨٣) وهو يعني جعل الحال الحاضر حَكَمًا وهو من قبيل الاستصحاب(٧)، وهذا لا يعنينا في هذا المقام.

٣ – شرح التعريف:

ونستخلص من التعريف الأول للتحكيم الوارد في المجلة ما يلي:

---

(٣) ينظر الخرشي ج٧ ص ١٣٠، ١٧١، ط بولاق ١٢٩٩، وتبصرة الحكام، لابن فرحون ج١ ص ٤٣، ط محمد أفندي والحلبي ١٣٠٢، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ج٢ ص٣٠٩، ط الحلبي مصر ١٣٤٠، القاموس الفقهي، سعيد أبوجيب، ص٩٦، ط دار الفكر.

(٤) المصباح المنير، الفيومي، مكتبة لبنان، ط ١٩٨٧، ص ٥٦.

(٥) القاموس الفقهي، سعيد أبوجيب، ص٩٦.

(٦) شرح مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٧٩٠، ص ١١٦٣.

(٧) شرح المجلة، مادة ١٦٨٢، ج٢، ص ١٠٠١.



- أن التحكيم اتفاق، أو عقد، يقوم على اتفاق بين فريقين أو أكثر، بمحض إرادتهم، على تسوية منازعاتهم بالإحالة إلى محكمين.

- وبما أن التّحكيم عقد، فإنه تنطبق عليه ضوابط ما تعتدّ وتعتبر به العقود؛ أي يتوفر فيه ما يتوفر في أي عقد من أركان وشروط، من إيجاب وقبول، وأهلية، ومحل، وسبب، وفقا للقواعد العامة في العقود، والأصل أن كل نزاع يجوز إحالته للقضاء، يجوز إحالته للتحكيم بدلا من القضاء، ويطبق هذا بوجه عام على المنازعات الناجمة عن أي عقد مالي، سواء اعتبر العقد مدنيا أو تجاريا أو إداريا.

ثانيا: الفرق بين التحكيم والصلح والقضاء

مع أن كلا من القضاء والتحكيم يمتاز بقوة إلزامية اتجاه أطراف النزاع، إلا أن التحكيم يختلف عن القضاء في أن القاضي يلتزم بالقواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، بينما التحكيم لا يلزم منه إتباع هذه القواعد فيما عدا القواعد التي تتعلق بالنظام العام، وأن ولاية القاضي أيضا عامة، فينظر في جميع القضايا التي تعرض عليه، بينما ولاية المحكم مقصورة على قضية المتخاصمين الذين رضوا بأن يحكم في تلك القضية المعروضة حصراً ولا تتعدى سلطاته إلى قضية أخرى(٨).

كذلك يختلف التحكيم عن الصلح في أن الأخير يتم بين الخصوم أنفسهم، أو من ينوب عنهم، وبتفويض منهم، وأن تكون نوايا كل الأطراف متجهة نحو التسوية بالصلح، ولو مع مخالفة قواعد ونظم التحكيم المتعارف عليها، بمعنى آخر إن قيمة التحكيم في عقد الصلح أدبية؛ فلا يجبر الأطراف على حكمه، أما التحكيم فإن المحكم يقوم فيه بمهمة القاضي فيصدر قراره سواء رضي به الطرفان أم لم يرضوا(٩).

(٨) انظر التحكيم للدكتور أحمد السيد صاوي، ص ١٢، ط لمؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٢.

(٩) نفس المرجع، ص ١٢، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الدكتور نبيل اسماعيل عمر، ص ١٠، ط دار الجامعة الجديدة.

ثالثا: أركان التحكيم

قال شارح المجلة: "وركن التحكيم لفظه الدال عليه، مع قبول الآخر ذلك"[(١٠)]، وهي المعبر عنها بالصيغة، أما بقية أركان التحكيم فيمكننا استخلاصها مما سبق في أمور ثلاثة مهمة يستوجبها التحكيم وهي:

١ – إيجاب المتخاصمين بقولهما للمحكم: احكم بيننا أو إننا نصبناك حكما.

٢ – قبول من المحكمين بذلك، أي التزام كل الأطراف بقرار التحكيم.

٣ – المحل المعقود فيه التحكيم وقد يعبر عن بسبب التحكيم.

المبحث الثاني
أهمية التحكيم

أصبح التحكيم بمفهومه المعاصر ظاهرة بارزة في المجتمعات الحديثة، حيث تمس الحاجة إليه في مجال المعاملات التجارية خاصة والتعاقدية بصفة عامة، لما يحققه من مزايا عديدة مقارنة بالقضاء التقليدي كوسيلة لفض المنازعات فهو يتميز بقصر وقته وتوفير ما قد يصيب المتقاضين من خسارة مادية بالسرية التامة الناجمة عن تحاشى مبدأ علانية المحاكم بالإضافة إلى صدور الحكم في موعد محدد.

ويعتبر التحكيم من أقدم الوسائل التي اتخذها الناس لحلّ منازعاتهم والفصل في خصوماتهم منذ أقدم العصور.[(١١)]

ولأهمية التحكيم وأثره البارز في فض النزاع فقد تناوله علماء الفقه الإسلامي بالبحث والدراسة في كافة كتب فقه المذاهب ومن كل الجوانب، فناقشوا مفهومه ومشروعيته وشروطه وما يدخل فيه التحكيم وما لا يدخله ونقضه وآثاره على

(١٠) شرح المجلة، ج٢، ١١٦٣، انظر درر الحكام، كتاب القضاء، الباب الرابع، شرح المادة (١٨٤١) وانظر اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به للدكتور أحمد إبراهيم عبدالتواب ص٢٧٩ وما بعدها.

(١١) انظر أثر التحكيم في الفقه الإسلامي، الدكتور عبدالمجيد محمد السوسوه، ص ١٠٣، مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد الثاني والعشرون، ٢٠٠٥م.



طرفي النزاع، ومن العلماء من أفرد مسائله بمؤلف خاص.[١٢]

ويمكننا أن نجمل أهمية التحكيم في النقاط التالية:[١٣]

أولاً: يعتبر التحكيم أهم البدائل لفض النزاعات عن طريق القضاء[١٤]، وهو الحل لتكدس القضايا أمام المحاكم وبطء التقاضي، وعدم فاعلية الأحكام، بالإضافة إلى ما يمتاز به التحكيم من السرعة في فض المنازعات[١٥].

ثانياً: الاقتصاد في المصروفات: حيث إن نفقات التحكيم اقل كثيراً من نفقات رسوم المحاكم، وأتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ.

ثالثاً: السرية: حيث إن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصراً، في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية، ولا ننسى أن المحكمين يقسمون اليمين في كل قضية يتولون التحكيم فيها، حفاظا على الحياد والسرية.

رابعاً: يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته، والحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف، غير مقيّدة إلا بما ينفع حسم الموضوع.

خامساً: طريقة اختيار المحكمين تكون برضا تام من الفرقاء المتنازعين، بحيث يَشْعُر كلٌ منهم بكامل الاطمئنان، لأنهم اختاروا و بإرادتهم من يحكم بينهم.

سادساً: تلافي الحقد بين المتخاصمين، فأغلب الأحيان يأتي القرار أقرب ما يكون للتراضي؛ لأنه تمّ من محكَمين حائزين على ثقة الجميع، فيؤدي القرار إلى وأد الخصومة والمشاحنات، وبالتالي اطمئنان النفوس، والرضا، وإعادة العلاقات الطيبة.

---

(١٢) ينظر تفصيل ذلك في: قحطان الدوري، عقد التحكيم، ط١، ١٩٨٥، بغداد؛ الموسوعة الفقهية، وزارة الاوقاف الكويتية، مادة "تحكيم". البحث المتقدم ذكره ص ١٠٤، وملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، محمد محمد بن عامر، ص ٣٥، مكتبة المنهاج، ط ١٩٩٦.

(١٣) من مقال منشور للمحكم الدولي الدكتور علي خليل الحديثي، محامي ومحكم دولي، دكتوراه في عقود الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مستشار غرفة تجارة وصناعة عجمان.

(١٤) اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به للدكتور أحمد إبراهيم عبدالتواب ص ٨ وما بعدها، ط دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

(١٥) انظر التحكيم للدكتور أحمد السيد صاوي، ص ٨.

المبحث الثالث

أدلة مشروعية التحكيم

مشروعية التحكيم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع[١٦]، فقد تكلمت آيات كثيرة في القرآن الكريم عن التحكيم، ورد بعضها بلفظ ومادة (حكم) وبعضها إنما هو إشارات إلى مشروعية التحكيم منها على سبيل المثال:

أولا: آيات الأمر بالوفاء بالعهود

وردت عدة آيات قرآنية تأمر بالوفاء بالتعهدات عموما، بما في ذلك العقود، وجاءت آيات خاصة بالتحكيم، بمعنى تسوية المنازعات بين الناس.

فبالنسبة للنوع الأول، هناك آيات كثيرة نستنتج منها ما يلي:

١- وجوب الوفاء بالعهود ومنها العقود، حيث وردت بصريح صيغة الأمر، ومن ذلك الآيات التالية:

- "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ...."[١٧].
- "وافوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا ...."[١٨].
- "وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ...."[١٩].
- ".... وبعهد الله أوفوا ...."[٢٠].

٢- إن عدم الوفاء بالعهد يؤدي إلى المساءلة والجزاء، سواء في الدنيا أو الآخرة أو كليهما معا، وهو مايشير إليه القران الكريم في الآية التي سبق ذكرها "... إن العهد كان مسؤولا"[٢١]. وفي المقابل؛ إن من يفي بالعهد، ينال أجره "ومن أوفى بما عاهد الله

---

(١٦) انظر درر الحكام، كتاب القضاء، الباب الرابع، مادة ١٨٤١، وشرح المجلة، ج٢، ص١١٩٣.

(١٧) سورة المائدة، الاية ١.

(١٨) سورة الاسراء، الاية ٣٤.

(١٩) سورة النحل، الاية ٩١.

(٢٠) سورة الانعام، الاية ١٥٢.

(٢١) سورة الاسراء، الاية ٣٤.



عليه فسيؤتيه أجرا عظيما"[٢٢]، وعلى الأغلب يكون ذلك في الآخرة، وربما في الدنيا أيضا.

٣- أن الوفاء بالعهد واجب؛ حتى مع غير المؤمنين، أي المشركين، ما داموا قائمين على العهد لم ينقضوه، وفي ذلك، يقول القرآن الكريم: "إلاّ الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين"[٢٣].

٤- إن الوفاء بالعهد هو من الإيمان، إذ من صفات المؤمنين أنهم "لأماناتهم وعهدهم راعون"[٢٤]، أي الذين هم ينفذون تعهداتهم، وجاء في موطن آخر من القرآن أن من صفات الأبرار والمؤمنين" الموفون بعهدهم إذا عاهدوا .."[٢٥]، ثم تحكم الآية في الأخير أن الناس الذين تتوفر فيهم هذه الصفات، "أولئك الذي صدقوا وأولئك هم المتقون"[٢٦].

وبالنسبة للنوع الثاني، وردت آيات متعددة في الحكم بين الناس بمعنى القضاء في منازعاتهم، ومن مجمل هذه الآيات نستدل ما يلي:

١- إن القرآن الكريم لا يفرِّق في الحكم بين الناس؛ بين القضاء الرسمي والتحكيم الاختياري.

٢- يجوز التحكيم في كافة المنازعات الإنسانية، وبشكل خاص في المنازعات المالية ومنازعات الأحوال الشخصية، وعلى التحديد، بالنسبة للأخيرة، المنازعات بين الأزواج. فبالنسبة للأولى، يقول القران الكريم: ﴿إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُمْ بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا

---

(٢٢) سورة الفتح، الاية ١٠.
(٢٣) سورة التوبة، الاية ٤.
(٢٤) سورة المؤمنون، الاية ٨.
(٢٥) سورة البقرة، الاية ١٧٧.
(٢٦) سورة البقرة، الاية ١٧٧.

إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ، إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ) (سورة ص: ٢٣،٢٢).

وبالنسبة للثانية جاء في القران الكريم: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً) (سورة النساء: ٣٥).

٣- أن التحكيم يمكن أن يكون إجباريا يفرضه القانون الوضعي، بصرف النظر عن نتيجة التحكيم، ويتضح ذلك من الآية المشار إليها في البند السابق حول نزاع الزوجين، أو اختياريا يلجأ إليه المتخاصمون بطوع إرادهم، كما في تحكيم (الأخوين) الخصمين، اللذين ذهبا إلى نبي الله داود عليه السلام؛ ليحكم في النزاع بينهما حول نعاجهما، وفق ما ذكرته الآية الكريمة المتقدمة.

٤- إن قرار التحكيم يجب أن يُبنى على العدل والحق، دون تفرقة ما بين إنسان وآخر، أو مؤمن وكافر. ويقول القران الكريم في هذا الشأن:

- "وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"(٢٧).
- "وأمرت لأعدل بينكم"(٢٨).
- "ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا"(٢٩).
- "وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى"(٣٠).
- "إن الله يأمر بالعدل والإحسان"(٣١).

ونستخلص من النصوص القرآنية المتقدمة مشروعية الأخذ بمبدأ التحكيم في فض النزاعات بين المتخاصمين في جو من التراضي لإقامة العدل مع الأخذ بالإحسان.

(٢٧) ورة النساء، الاية ٥٨.
(٢٨) سورة الشورى، الاية ١٥.
(٢٩) سورة المائدة، الاية ٨.
(٣٠) سورة الانعام، الاية ١٥٢.
(٣١) سورة النحل، الاية ٩٠.



الباب الثاني

التحكيم في مجلة الأحكام العدلية مع المقارنة بغيرها

تمهيد:

أعدت الدولة العثمانية مجلة الأحكام العدلية، وابتدأ نفاذها فيها اعتبارا من سنة ١٨٧٦، باعتبارها القانون المدني للدولة، وهي مستمدة من الفقه الإسلامي، وعلى التحديد من المذهب الحنفي.

عالجت المجلة أحكام التحكيم في المواد ١٨٤١-١٨٥١ بالإضافة لتعريف التحكيم في المادة ١٧٩٠.(٣٢)

ونوجز فيما يلي أهم ما ورد في هذه المجلة من أحكام ومواد مقارنا بما جاء في ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية:

المبحث الأول

مفهوم التحكيم

عرفت المجلة التحكيم بأنه عبارة عن اتخاذ الخصمين (لشخص) آخر حاكما برضاهما؛ لفصل خصومتهما ودعواهما.(٣٣)

ونستخلص من هذا التعريف بوضوح بأن التحكيم ينشأ عن اتفاق بين خصمين فأكثر، وهو خاضع لمبدأ سلطان الإرادة، فلكل طرف كامل الحرية في قَبُوله ورضاه به من عدم ذلك(٣٤)، وهو ما جاء في ملخص الأحكام على المعتمد من مذهب

(٣٢) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي بَيَانِ الْمَسَائِلِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالتَّحْكِيمِ، ج٢، ص ١١٩٣. وتعريف التحكيم ص١١٦٣.

(٣٣) شرح المجلة ج٢ص ١١٦٣.

(٣٤) وسيأتي معنا أن هذه الإرادة من طرفي النزاع لا تظل محل اختيار حتى نهاية صدور حُكم المحكم، بل متى تم تعيين المحكم وتنصيبه ثم صدور الحكم منه؛ فلا مجال بعدها للرفض أو الرد، ويكون الحكم ملزما للطرفين ونافذا، متى وقع موافقا للقواعد والأصول الشرعية المقررة، وعندها يجب العمل على إمضائه من دائرة القضاء وتنفيذ بنوده وإلزام المحتكمين بمقتضاه، فهذا الذي يوافق روح العدالة.

المالكية مادة (٢٦) "يجوز للخصمين أن يتفقا ويحكما شخصا ليحكم بينهما في خصومتهما"[٣٥].

بينما عبرت قواعد التحكيم الدولية Unictral (الأونسيترال) عن التحكيم بأنه: "اتفاق طرفين في عقد مكتوب بينهما على إحالة المنازعات إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي."[٣٦]

ويلاحظ أن قواعد التحكيم تُلزم طرفي النزاع بكتابة عقد؛ بغرض الالتزام ببنوده، وأن يكون التحاكم وفق النظام الذي أعدّته لجنة الأمم المتحدة، وأن يكون في نطاق القانون التجاري الدولي، بينما يتّسم التحكيم في مجلة الأحكام العدلية بالعموم.

كما يلاحظ وجود التراضي من الطرفين، وقد عبرت عنه المجلة بصريح اللفظ (رضاهما) بينما عبرت عنه قواعد التحكيم الدولية بأنه: اتفاق على تطبيق تلك القواعد مع مراعاة إدخال تعديلات من قبل الطرفين، ولاشك أن تعبير المجلة (بالرضا) والتصريح به يجسّد سلطان الإرادة في التحكيم، وأن إرادة أطراف النزاع هي الأساس في التحكيم، في حين إن أكثر أو غالبية قواعد التحكيم الدولية تطبق حيث لا يتفق الأطراف على خلافها[٣٧].

(٣٥) ملخص الأحكام ص ٣٥.

(٣٦) انظر الأحكام التمهيدية لقواعد التحكيم الدولي ص ٩، ١٠

UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, Printed in Austria, nov 1986.

وقد تم تنزيل القواعد من موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بموقعها على العنوان الآتي:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

(٣٧) انظر: المبادئ الأساسية للتحكيم لدى اليونسترال، من مقال "قانون التجارة الدولية" للمحامي حمزة حداد، منشور عبر الإنترنت، انظر الصفحة في: http://www.lac.com.jo/resear015_1.htm



المبحث الثاني

ما يجوز فيه التحكيم

حددت المجلة المجال الذي يكون فيه التحكيم، وهو دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس، والهدف من ذلك هو عدم جواز التحكيم في حقوق الله تعالي مثل الحدود كحد الزنا وحد السرقة.

وجاء في شرح المجلة: "أما التحكيم في حقوق الله كحد الزنا وحد السرقة فغير جائز لأن إجراء الطرفين التحكيم بينهما هو بمنزلة عقد الصلح وبما أنه ليس لهما ولاية على دمائهما فليس لهما إباحة دمائهما الزيلعي كذلك لا يجوز التحكيم على القول الصحيح في القصاص لأنه ، وإن يكن أن الغالب في القصاص هو حق العبد إلا أن فيه حقا لله أيضا وكذلك لا يجوز التحكيم في حد القذف على القول المختار.

مثلا لو تصالح الطرفان على لزوم الحد أو القصاص فلا اعتبار لهذا الصلح كما أنه لو حكم الطرفان أحدا لفصل دعوى القصاص وحكم المحكم على أحدهما بالقصاص فحكمه غير صحيح"[٣٨].

وجاء في ملخص الأحكام مادة (٣٠): " لا يجوز التحكيم، ويمنع في سبع مسائل وهي: الحد والقتل واللعان والولاء والنسب والطلاق والعتق . "[٣٩]

وهناك مسائل أخرى ذكرها المالكية لا يجوز فيها التحكيم وهي: السفه والرشد والوصية والحبس المعقب ومال اليتيم وأمر الغائب.[٤٠]

وقد وضعت اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم بالسعودية ضابطا لما لا يجوز التحكيم فيه حيث جاء في المادة (١):" لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز

(٣٨) درر الحكام، كتاب القضاء الباب الرابع، انظر شرح مادة ١٨٤١، وانظر شرح المجلة: ج٢، ص١١٩٤.

(٣٩) ملخص الأحكام الشرعية: ص ٣٦.

(٤٠) ملخص الأحكام الشرعية: ص ٣٦.

فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام" .

كما نصت على أن قرار التحكيم يجب ألا يخرج عن مقتضى أحكام الشريعة الإسلامية.(٤١)

أما قواعد التحكيم الدولي فقد تقدم أن نطاق التحكيم فيها يقتصر على مجال القانون التجاري الدولي فحسب، لكن لبعض الدول منع نطاق التحكيم في موضوعات بعينها، بمعنى هناك منازعات غير خاضعة للتحكيم، وهو خلاف الأصل، فإن الأصل في كل نزاع تجاري (بالمعنى الواسع) يجوز إحالته للقضاء يجوز إحالته للتحكيم. إلا أن التشريعات الوطنية لبعض الدول تحظر إحالة بعض النزاعات للتحكيم. ومثال ذلك النزاعات الناشئة عن عقود التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية في كل من الأردن ولبنان. فقوانين هذه الدول تشترط في الوكيل التجاري بالنسبة للوكالات الأجنبية أن يكون من جنسيتها سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة. ومن قبيل حماية الوكيل الوطني، تتطلب تشريعات هذه الدول أن يحال أي نزاع بين الوكيل الوطني، والشركة الأجنبية للقضاء الوطني وان أي اتفاق على غير ذلك يعتبر باطلا(٤٢).

وهو ما يلاحظ أيضا في اللائحة التنفيذية للتحكيم السعودية فالتحكيم في النظام السعودي هو تحكيم (داخلي) لا (دولي) فهو يتم على الأرض السعودية وتحت إشراف القضاء السعودي وتطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية، ولهذا يشترط فيه

---

(٤١) انظر المادة (٣٩) من اللائحة التنفيذية للتحكيم السعودية، صفحتها بالإنترنت:
http://www.moj.gov.sa/Documentations/2.doc

(٤٢) انظر بحث: اتفاق التحكيم (في التحكيم التجاري الدولي) للمحامي حمزة حداد، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجاري الدولي – مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (القاهرة ٢٨/١/٢٠٠٠)، انظر الموقع: http://www.lac.com.jo/resear012.htm



أن يكون المحكم مسلماً(٤٣).

لكن يمكن إدراج تلك الشروط ضمن التعديلات المدخلة على نظام التحكيم والتي يتفق عليها طرفا النزاع، كما هو منصوص عليه في المادة (٣٣) على أن هيئة التحكيم تطبق على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، وأنه لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف!(٤٤) .

المبحث الثالث

أثر التحكيم في غير المتنازعين والمتنازع فيه

اكتفت المجلة بذكر من يقتصر أثر التحكيم عليهم وهما المتخاصمان وفي الخصوص الذي تم التحكيم بشأنها، ولا يمتد أثره إلى غيرهم أو إلى مواضيع أخرى لم تكن محلا للتحكيم، وجاء في الملخص بهذا الخصوص: " متى حكم المحكم من الطرفين فيما صار تحكيمه فيه انعزل عن الحكم بعد تمامه ولا يجوز أن يتعدى حكمه غير ما انتدب له"(٤٥) "فلا ينفذ حكم الحاكم في غير ما انتدب له ولا ينفذ بعد مضي الأجل المحكم فيه، كأن حكمه الطرفان مثلا على أن يحكم بينهما في مدة أسبوع فحكم بعد مضي عشرة أيام"(٤٦)، وجاء في المجلة بأنه " إذا تم تحديد مدة لصدور قرار التحكيم فيجب على المحكمين التقيد بها"(٤٧).

---

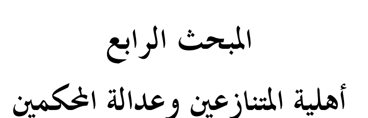
(٤٣) انظر المواد (١، ٥، ٩) من اللائحة التنفيذية.

(٤٤) انظر قواعد التحكيم الدولي مادة (٣٣) صفحة ٣٤.

(٤٥) انظر ملخص الأحكام الشرعية مادة (٢٨): ص ٣٥.

(٤٦) الملخص ص ٣٥ مادة (٢٩)

(٤٧) وقد نصت اللائحة التنفيذية بأنه "يمكن لأي محتكم طلب تأجيل نظر القضية مدة مناسبة تقدرها هيئة التحكيم لتقديم ما لديه من مستندات أو أوراق أو ملاحظات منتجه أو مؤثرة في القضية وللهيئة تكرار التأجيل لمدة أخرى إذا وجدت مبرراً لذلك"، انظر المادة ٢٦، بموقعها عبر الإنترنت: .http://www.moj.gov.sa/Documentations/2.doc



المبحث الرابع

أهلية المتنازعين وعدالة المحكمين

لم تتطرق مجلة الأحكام العدلية للحديث عن أهلية المتنازعين، ولا لعدالة المحكمين، وإن كان شارحوها تطرقوا لشيء من ذلك عند حديثهم على أركان التحكيم وشروطه، فذكروا ضمنها – أي الشروط – تحقق الأهلية من جهة المحكِم توافر العقل، ومن جهة المحكَّم صلاحيته للقضاء وقت التحكيم ووقت إصدار الحكم[٤٨]، بينما نجد في مخلص الأحكام عند المالكية يذكّر بضرورة عدالة الحَكم، وأنه يستحب فيه ما يستحب في القاضي، وألاّ يكون خصما لأحدهما أو جاهلا أو غير مميز أو نحو ذلك، في حين صرحت اللائحة التنفيذية للتحكيم باشتراط الأهلية في المتحاكمين وذلك في مادها (٢)، جاء فيها: "لا يصلح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف الكاملة ولا يجوز للوصي على القاصر أو الولي المقام أو ناظر الوقف اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن مأذوناً له بذلك من المحكمة المختصة"[٤٩] .

من جهة أخرى فقد اشترطت اللائحة التنفيذية في الحَكم أن يكون مسلما وهو ما عبر عنه ملخص الأحكام باشتراط العدالة.

واشترطت أيضا أنه:" لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له مصلحة في النزاع، أوحكم عليه بحد أو تعزيز في جرم مخل بالشرف، أو صدر بحقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة، أو حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد رُدّ إليه اعتباره. "[٥٠]

(٤٨) شرح المجلة، ج٢، ص١١٦٣.

(٤٩) انظر اللائحة المذكورة في: http://www.moj.gov.sa/Documentations/2.doc

(٥٠) انظر اللائحة المذكورة أعلاه مادة (٤).



المبحث الخامس

قرار التحكيم

نصت المجلة بصريح العبارة على أنه إذا تعدد المحكمون، فيجب أن يصدر قرارهم بالإجماع، بينما نصت قواعد التحكيم الدولي في المادة (٣١) أنه و في حالة وجود ثلاثة محكمين، تصدر هيئة التحكيم القرارات أو الأحكام الأخرى بأغلبية المحكمين، كما يجوز أن يصدر القرار من المحكم الرئيسي وحده إذا لم تتوافر الأغلبية(٥١).

وهو ما ذهبت إليه اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم بالسعودية، فقد نصت المادة(٤١) " ،، تصدر القرارات بأغلبية الآراء وينطق رئيس هيئة التحكيم بالقرار في الجلسة المحددة ويتم تحرير القرار ،، "

المبحث السادس

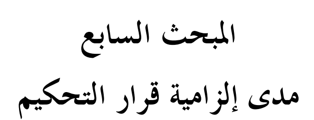
عزل المحكم

نصت المجلة أنه" يجوز لأي من طرفي التحكيم عزل المحكم في أي وقت قبل صدور القرار إلا إذا ثبت القاضي تعيين المحكم، وفي هذه الحالة ليس لأحدهما (أو حتى كليهما) عزله" بينما يشترط ملخص الأحكام ألا يباشر المحكم التحقيق بينهما، فمتى حكم الخصمان حكما وابتدءا الخصومة عنده فلا يجوز لأحدهما الرجوع عن تحكيمه، وإذا لم يبدئا ولم تقع منه مباشرة التحقيق بينهما جاز لكل منهما الرجوع في ذلك"(٥٢).

---

(٥١) انظر قواعد التحكيم الدولي ص ٣٣.

(٥٢) ملخص الأحكام الشرعية: مادة (٣١) ص ٣٦.



المبحث السابع

مدى إلزامية قرار التحكيم

يعتبر قرار التحكيم ملزما لأطراف الخصومة ويجب عليهم تنفيذه. ولكن إذا عرض القرار على القاضي، فيجب عليه تصديقه إذا كان موافقا للأصول الشرعية، وإلا يتوجب عليه نقضه.

وهو ما نصت عليه اللائحة التنفيذية حيث ورد في مادتها (٣٩) " يصدر المحكمون قراراتهم غير مقيدين بالإجراءات النظامية عدا ما نص عليه في نظام التحكيم ولائحته التنفيذية. وتكون قراراتهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية .

وفي المادة (٤٤) "متى صدر الأمر بتنفيذ قرار التحكيم أصبح سنداً تنفيذياً وعلى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تسلم المحكوم له الصورة التنفيذية لقرار التحكيم موضحاً بها الأمر بالتنفيذ مذيلة بالصيغة الآتية:(يطلب من كافة الدوائر والجهات الحكومية المختصة العمل على تنفيذ هذا القرار بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة)

وهو ما صارت إليه قواعد التحكيم الدولي حيث ورد في مادتها (٣٢) فقرة ٧ " يصدر قرار التحكيم كتابة، ويكون نهائيا وملزما للطرفين، ويتعهد الطرفان بالمبادرة إلى بتنفيذه دون تأخير".

وهذا في تقديرنا هو عين الحق والصواب فيجب احترام قرار التحكيم ويلزم تنفيذه بحيث يكون موازياً للأحكام القضائية تحقيقاً لمبدأ العدالة.



الخاتمة

من خلال استعراضنا لقواعد التحكيم ومقارنتها بين مجلة الأحكام العدلية وغيرها من اللوائح التنظيمية والتنفيذية سواء في الفقه الإسلامي أم الدولية منها، نلاحظ أن نصوص الكتاب والسنة قد استوعبت أحكام التحكيم، من باب الأخذ بالمصالح والحفاظ على الحقوق والدعوة إلى فض النزاع وتسويته بالحكمة، وهو الذي درج عليه الفقهاء المسلمون عموما، حيث قالوا بالتحكيم مع الاختلاف في التفصيلات والاجتهادات الفقهية، – شأنهم في ذلك شأن غيرهم من فقهاء القانون في كل زمان ومكان – وذلك لا يخرج عن حدود تفسير النصوص ومجال تطبيقها.

والخلاصة أن الله سبحانه وتعالى شرع من الوسائل ما يستأصل به الظلم من أساسه وما يعيد للمجتمع أمنه واستقراره فبجانب القضاء شرع التحكيم كوسيلة لفض النزاع والشقاق ورأب الصدع وصيانة الحقوق بين أفراد الأمة الإسلامية، وسواء كان ذلك في باب المعاملات المالية أم غيرها من الأبواب الفقهية كأحوال الأسرة، حفاظا على تماسكها وعلى المودة والرحمة بين ركنيها وهي النواة الأولى لكيان المجتمع المسلم.

و ما التحكيم والقول بمشروعيته إلا مظهرا من مظاهر سماحة الشريعة ويسرها فمتى أخذ به الحكام والقضاة المحكمون بشروطه أدى إلى فض الخصومات والنزاعات بين أفراد المجتمع، وهو ما يؤدي إلى الحفاظ على كيان المجتمع وتماسكه وإلى الوفاق بين أفراده وقطع دابر الشر بينهم.

على أن أغلب المبادئ والأحكام التي وضعت في قوانين التحكيم الدولي يوجد معظمها بالنص أو بالقياس في القواعد العامة في الفقه الإسلامي.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.



المراجع

١. مجلة الأحكام العدلية، وضعته لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ونشره: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ،كراتشي.

٢. شرح مجلة الأحكام العدلية، سليم رستم باز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣.

٣. قواعد التحكيم الدولي الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة في ١٩٧٦، والمعروفة بالأنسيترال، النسخة العربية:

UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, Printed in Austria, nov 1986.

وقد تم تنزيل القواعد من موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بموقعها على العناوان الآتي:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

٤. اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به للدكتور أحمد إبراهيم عبدالتواب، ط دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

٥. شرح العلامة الخرشي على متن خليل، ط بولاق ١٢٩٩.

٦. تبصرة الحكام لابن فرحون، ط محمد أفندي والحلبي ١٣٠٢.

٧. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ط الحلبي مصر ١٣٤٠.

٨. القاموس الفقهي، سعيد أبوجيب، ط دار الفكر.

٩. التحكيم للدكتور أحمد السيد صاوي، ط لمؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٢.

١٠. التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الدكتور نبيل اسماعيل عمر، ط دار الجامعة الجديدة.



١١. أثر التحكيم في الفقه الإسلامي، الدكتور عبدالمجيد محمد السوسوه، مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد الثاني والعشرون، ٢٠٠٥م.

١٢. عقد التحكيم، قحطان الدوري، ، ط١، ١٩٨٥، بغداد.

١٣. الموسوعة الفقهية، وزارة الاوقاف الكويتية، مادة "تحكيم".

١٤. ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، محمد محمد بن عامر، مكتبة المنهاج، ط ١٩٩٦.

١٥. المصباح المنير، الفيومي، مكتبة لبنان، ط ١٩٨٧

١٦. مقال منشور للمحكم الدولي الدكتور علي خليل الحديثي، محامي ومحكم دولي، دكتوراه في عقود الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مستشار غرفة تجارة وصناعة عجمان.

١٧. مقال "قانون التجارة الدولية" للمحامي حمزة حداد، منشور بالإنترنت:

http://www.lac.com.jo/resear015_1.htm
http://www.lac.com.jo/resear012.htm

١٨. اللائحة التنفيذية للتحكيم السعودية، صفحة بالإنترنت:

.http://www.moj.gov.sa/Documentations/2.doc